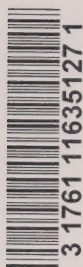


CAI

LEN

- 78057



Constitutional Reform


The Supreme Court of Canada

Honourable Otto E. Lang
Minister of Justice



Government
of Canada

Gouvernement
du Canada



Digitized by the Internet Archive
in 2023 with funding from
University of Toronto

<https://archive.org/details/31761116351271>

CAI
UN
-78C5

Constitutional Reform—The Supreme Court of Canada

1978-1979

The Government of Canada has been working on constitutional reform since 1976. The Government has been working on constitutional reform since 1976. The Government has been working on constitutional reform since 1976.

The Government has been working on constitutional reform since 1976. The Government has been working on constitutional reform since 1976. The Government has been working on constitutional reform since 1976.

The Government has been working on constitutional reform since 1976. The Government has been working on constitutional reform since 1976. The Government has been working on constitutional reform since 1976.

The Government has been working on constitutional reform since 1976. The Government has been working on constitutional reform since 1976. The Government has been working on constitutional reform since 1976.

The Government has been working on constitutional reform since 1976. The Government has been working on constitutional reform since 1976. The Government has been working on constitutional reform since 1976.

The Government has been working on constitutional reform since 1976. The Government has been working on constitutional reform since 1976. The Government has been working on constitutional reform since 1976.

The Government has been working on constitutional reform since 1976. The Government has been working on constitutional reform since 1976. The Government has been working on constitutional reform since 1976.

1978-1979

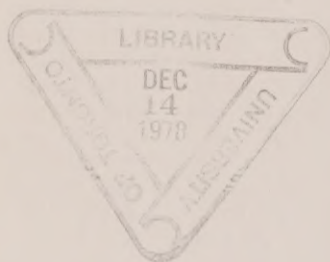
The Government has been working on constitutional reform since 1976. The Government has been working on constitutional reform since 1976. The Government has been working on constitutional reform since 1976.

The Government has been working on constitutional reform since 1976. The Government has been working on constitutional reform since 1976. The Government has been working on constitutional reform since 1976.

The Government has been working on constitutional reform since 1976. The Government has been working on constitutional reform since 1976. The Government has been working on constitutional reform since 1976.

Honourable Otto E. Lang
Minister of Justice
August, 1978

The Government has been working on constitutional reform since 1976. The Government has been working on constitutional reform since 1976. The Government has been working on constitutional reform since 1976.



Additional copies of this publication
may be obtained from:

Canadian Unity Information Office
PO Box 1986, Station B
Ottawa, Ontario
K1P 6G6

Cat. No. S2-75/1978

ISBN 0-662-50085-7

Constitutional Reform—The Supreme Court of Canada

Introduction

The Constitution and jurisdiction of the Supreme Court of Canada have been much discussed in recent times in the context of constitutional reform. The discussions have revolved around four principal issues:

- (a) the fact that the existence of the Court, its jurisdiction and the tenure of its judges are dependent upon federal statutory law and are not guaranteed in the Constitution;
- (b) the method of appointment of members of the Court; the fact that they are appointed exclusively by the federal government;
- (c) the size of the Court, and whether there should be any formal recognition of the present informal practice of appointing judges from different geographical regions;
- (d) the Court's jurisdiction, that is whether it should be transformed into a specialist body dealing only with constitutional questions, and whether it should continue to hear appeals on questions of provincial law, particularly with respect to the civil law of Quebec.

The *Constitutional Amendment Bill*, tabled by the government in the House of Commons on June 20, 1978, includes proposals respecting these issues. In summary, the proposals are that the existence of the Court be entrenched in the Constitution, provincial governments and the new House of the Federation be given some role to play in the appointment of Supreme Court judges, the size of the Court be increased from nine to 11 members, some degree of formal recognition be given to the present informal practice of geographical appointments, and a special procedure be established for appeals in Quebec's civil law matters.

The first section of this paper, entitled Constitutional Entrenchment, deals generally with the proposal to give the Supreme Court constitutional status. The next three sections, entitled Appointing Mechanism, Composition, and Jurisdiction, deal with the remaining three more controversial issues.

Constitutional Entrenchment

At present the Constitution makes no provision for a Supreme Court other than to give Parliament (in section 101 of the *BNA Act*) a power to establish one and to define its jurisdiction. In exercise of that legislative authority, Parliament established the Supreme Court by Act of Parliament in 1875, eight years after Confederation. The structure and jurisdiction of the Court continue to this day to be provided for only by a federal statute (section 19 of the *Supreme Court Act*) and its judges are appointed by the federal government (section 4 of the *Supreme Court Act*).

For all practical purposes the existence and independence of the Supreme Court is as secure as it would be if it were entrenched in the Constitution, that is, not subject to alteration by Parliament alone. Nevertheless, it is most appropriate for the Court, both as a general court of appeal and as the final court in constitutional matters, to have its existence and role set forth in the Constitution. This is generally agreed by all commentators. The Government of Canada proposed such a change in 1969. During the Constitutional Review process of 1968-71 the provinces and the federal government all agreed that the Supreme Court should have such constitutional status, and the Victoria Charter contained provisions to this effect. The Special Joint Committee of the Senate and the House of Commons on the Constitution, in 1972, also recommended constitutional entrenchment of the Court.

Under the present proposals for constitutional reform, set out in the Constitutional Amendment Bill, entrenchment would not of course occur immediately but once the necessary constitutional amendment processes are applied by agreement with the provinces, entrenchment would be effected. In the meantime, instead of being set out in the *Supreme Court Act*, provisions respecting the Court would be declared by Parliament to be part of the Constitution. When ultimately entrenched, the Supreme Court provisions would not be amendable by Parliament alone but by constitutional amendment procedures requiring the involvement of the provinces—

either the present procedures or a new formula yet to be agreed upon.

Appointing Mechanism

The method of appointing Supreme Court judges has long been the subject of serious discussion. In the view of some people, members of the Supreme Court, as the final judges of constitutional disputes, should not be nominated solely by the federal government. It is clear that the independence of the judges is not affected by the present system of appointment. Nevertheless, it has been widely recognized that the provinces might be given some role to play in the appointment process. The government, in 1969, in its publication "The Constitution and the People of Canada" stated that in its view it would be preferable to have some form of participation on behalf of the provinces. It proposed, at that time, that nominations of potential appointees be submitted for approval to a restructured Senate that would include persons appointed by provincial governments.

The federal and all provincial governments, in 1971, tentatively agreed in the Victoria Charter to a consultative mechanism whereby, in general appointments would not be made without the agreement of the Attorney General of the province from which the judge came. The Special Joint Committee of the Senate and the House of Commons, in 1972, supported this proposal in principle.

Various Mechanisms for Appointments

There are a variety of mechanisms which have been suggested as appropriate for appointing the judges of the Supreme Court. The more important of these will be considered briefly below.

1. Federal Appointment with Second-Chamber Approval

As noted above, a mechanism that can provide for some provincial participation in the appointment process is to require that Supreme Court appoint-

ments be ratified by the upper house either by a simple majority, or by some special majority such as a two-thirds vote. Models are found in the Constitutions of the United States, Argentina, Brazil and Mexico.

The attractiveness of this mechanism is related to changes made in the composition of the Senate or its successor. If that chamber clearly reflects the interests of the regions, as it is hoped it would do if restructured as set out in the Constitutional Amendment Bill, approval of appointment by that body would mean that all regional concerns would be more evidently expressed in the approval of all Supreme Court appointments. In so doing it would recognize the concern of other parts of the country in an appointment from a particular province.

Of course it is recognized that, by its very nature, a legislative body resorts to public debate and inquiry in ratifying appointments (as does the U.S. Senate). It is argued by some that the attendant publicity does not accord well with our tradition that detachment from public debate and controversy is an essential characteristic of our judiciary. It is said that it is possible for such publicity to destroy the credibility of a potential appointee and thus, regardless of whether his appointment is ultimately approved, the reputation of a judge could be impaired by irresponsible publicity making his appointment undesirable. However, an opposite and more compelling view is that the record of potential judges should be subject to public scrutiny, since only persons of undoubted credibility should be appointed to a position having the importance of a Supreme Court judgeship. According to this view, it is preferable that any "Achilles heel" become public before rather than after a person is appointed. Equally, it is desirable that prospective appointees have an opportunity to answer publicly, any doubts cast on their suitability to be judges, an opportunity which they do not now have.

2. Nominating Commissions

Nominating commissions, variously composed, have been suggested as the appropriate vehicle for

nominating Supreme Court judges. Such commissions can be composed of members of the legal profession, members of the judiciary, as well as representatives of the federal and provincial governments and members of the public. (Some of the suggestions that have been made respecting the composition of such a body are listed in the appendix.) Such commissions could nominate a designated number of candidates from which the federal government would make an appointment. Alternatively, such a commission could nominate candidates for the consideration of the federal and provincial Attorneys General who would be required to agree upon one of them; in the absence of agreement, a nominating council along the lines of those suggested in the Constitutional Amendment Bill might select the appointee.

A commission might either be a "national" one selecting candidates for all appointments, or a regional one, constituted on a regional or provincial basis, to select the appointee from that particular province or region.

An advantage of a nominating commission is that the selection of judges would be removed from the political arena, so that neither the federal nor the provincial governments could be accused of choosing judges predisposed to their point of view. It would not turn the Court into a body negotiating the interests of the various governments as it is thought direct appointment by provincial governments would do. (This is discussed in more detail with reference to the next alternative.)

However, such a system of appointment would constitute a departure from our traditional system of political responsibility for judicial appointments: the commission would be accountable to no one, neither the electorate directly, nor to its elected representatives. Yet the governments would remain accountable to the public for the quality of the administration of justice.

3. *Direct Appointments by the Provinces*

Direct appointment exclusively by the provincial governments has been proposed from time to time.

There are variants of the proposal which have been discussed, e.g., the federal government appointing one-half of the members of the Court and the provincial governments appointing the other half; or the federal government technically making the appointments but from a panel of candidates chosen by the provincial governments.

Appointment procedures of this kind would probably undermine the Court as a judicial body and undermine the impartiality of the judges. Implicit in such a procedure is recognition and acceptance of the view that the judges do, and perhaps should, represent the interests of the government by which they are appointed. Therefore, it is thought that such a change would likely convert the Court into a body negotiating such interests. The judges would be seen as being appointed, and would presumably feel an obligation, to represent the provinces or regions or the central government (if there were some purely federal appointees) in the same manner as members of arbitration tribunals represent their nominees (e.g., in labour or international arbitrations).

The least attractive of the variations on the methods of direct appointment by provinces is that which suggests the provinces should appoint half the members of the Court and the federal government the other half. It would go the furthest in converting the judicial process into a negotiation process with the Court deciding between federal and provincial interests.

4. *Federal Appointment with Agreement of the Provinces*

Agreement of either all or some of the provinces to a proposed appointment by the federal government is another mechanism.

As noted earlier, the federal and all provincial governments agreed in the Victoria Charter that an appropriate appointing procedure would be for agreement to be reached between the Attorney General of the province from which a proposed nominee came and the federal Attorney General. The Joint Parliamentary Committee Report of 1972 approved of this procedure in principle.

Such a procedure means that the appointment of judges becomes a co-operative venture. The provincial governments are given some but not decisive control over appointments. The federal government is required to obtain the consent of the province; the co-operation of both governments is required, and there is a balance between their respective powers. The Court is not turned into a negotiating body since a unified mechanism for appointment is retained.

The mechanism, however, is open to abuse by obstructionists or to unacceptable delays due to failure to agree. Accordingly, a provision to break deadlocks is required.

The one agreed to in the Victoria Charter was that when agreement could not be reached on a proposed nomination, the Attorney General of Canada would have the right to convene a nominating council to make the choice. The Attorney General of the province would have the right to choose which of two types of nominating council should be convened. He could choose one consisting of the federal and all 10 provincial Attorneys General in Canada or their nominees (11 members), or one composed of the two Attorneys General (federal and provincial) or their nominees and a chairman agreed upon by both of them (three members). In the latter case, if the two Attorneys General could not agree on a chairman, the Chief Justice of the province would choose one. At least three names from among those already submitted to the provincial Attorney General by the Attorney General of Canada would be submitted by the latter to that council for ultimate selection. The first type of council would have the advantage of ensuring country-wide regional input into every appointment but would undoubtedly be more cumbersome. Generally the opposite could be said about the second type of council.

Choosing an Appointment Mechanism

Being aware of the various alternatives mentioned above, the government chose in the Constitutional Amendment Bill the appointment mechanism agreed to by the federal and all provincial governments in

the Victoria Charter (modified by the addition of a requirement of ratification by the House of the Federation). The Victoria procedure was chosen because, as noted above, it retains a unified system of appointment, yet it allows for a sharing of authority. Also, the fact that it had already been agreed to in principle by all governments, after considerable discussion, was a crucial consideration.

One difficulty with the Victoria formula, however, can be said to be that it allows the federal Attorney General and his counterpart from a given province to agree on a Supreme Court appointment which is unacceptable to the rest of the country. The fact that all regions of the country have an interest in every Supreme Court appointment was recognized by the federal government in its 1969 proposal suggesting that there be Senate ratification of all appointments. When the 1969 proposal for Senate reform was dropped during the course of the Constitutional Review process of 1968-71, the idea of a ratification procedure also had to be dropped. With the adoption of the proposals for a new House of the Federation in the Constitutional Amendment Bill, however, it was possible to reinstate a ratification requirement. Such a requirement recognizes the fact that all regions of the country have an interest in every Supreme Court appointment.

It should not be expected that a ratification procedure in the House of the Federation will lessen in any way the quality of judges appointed. There is no reason to assume that a well-qualified nominee, already approved by the Attorneys General or a nominating council, will think it necessary or find it advantageous to "campaign" for House approval. Nor can it be assumed, as some commentators seem to do, that less-qualified candidates will somehow be at an advantage in this process. Indeed, fully-qualified nominees will surely more readily accept and welcome the opportunity to have their nominations openly ratified, as an antidote to the innuendos which sometimes emerge in a more closed method of appointment. The quality of judges appointed to the U.S. Supreme Court has not suffered as a result of the procedure of Senate ratification used in that country.

Although the appointment mechanism set out in the Bill seems long and cumbersome, it is not. Its essence is (1) agreement by the federal and appropriate provincial Attorney General on a proposed nominee, and (2) ratification of that choice by the House of the Federation. It is not likely that the deadlock-resolving mechanism of a nominating council will be invoked often; it is to be expected that the Attorneys General will usually be able to reach agreement on a suitable candidate. Indeed, the length of time for the whole appointment process to take place has been shortened considerably from what was agreed to in Victoria by building in strict time constraints. Under the Victoria Charter proposals, the whole procedure could have taken up to 10 months. Under the present proposals, time limits have been imposed to ensure that the whole process, including ratification by the House of the Federation, will normally be completed within two to three months.

The Joint Parliamentary Committee of 1972 stated in its report that while it supported the Victoria Charter proposals, it thought that where the provincial Attorney General and the federal Attorney General failed to agree, both should be able to suggest names to the nominating council. The Joint Committee's proposal has been considered but not adopted since it is thought that such a change would substantially alter the essential features of the appointment mechanism as well as the balance of authority between the two Attorneys General. It would probably turn a reasonably expeditious procedure into a more protracted and cumbersome one. It could be anticipated that the provincial Attorney General would in most cases refuse to agree with the federal Attorney General on all proposed nominees in order to force the use of the nominating council. This is particularly true since the provincial Attorney General would be entitled to choose the type of nominating council to be convened. However, under the scheme proposed in the Bill and agreed to at Victoria, it was expected that resort to a nominating council would be infrequent. Agreement between the two Attorneys General would usually be forthcoming, the provincial Attorney General having the op-

portunity to suggest candidates at that time. Thus a change as suggested by the Joint Committee would probably convert the appointment procedure from one essentially consisting of agreement by the Attorneys General into one essentially consisting of choice by a nominating council.

Composition of the Court: Regional Distribution And Size

By tradition, three of the nine judges are appointed to the Supreme Court from Ontario, one from the Atlantic region, and two from the West. Three are legally *required* by section 6 of the *Supreme Court Act* to be appointed from the Bench or Bar of the Province of Quebec.

This system of appointment is in part geographic and in part legal. While the judges are appointed from the various regions they are not appointed to act as "representatives" of the provinces or regions. They are chosen in this manner so that they may bring to the Court an understanding of the social and economic nature of the region from which they come. The formal requirement that three judges be appointed from the Bench or Bar of Quebec is to ensure adequate presence on the Court of members trained in the civil law system; those judges are not appointed formally to "represent" the Province of Quebec anymore than the other judges formally represent their provinces.

The question arises whether there should be in the Constitution any formal recognition of the present informal practice of geographic appointment. Related thereto is the question of the size of the Court.

British Columbia in recent years has objected to the fact that the informal system of appointing two judges from the West has resulted in no judge on the Court from British Columbia since 1962, and a "Western" vacancy (barring unforeseen circumstances) is unlikely for some time yet. Consequently, it can be argued that the present composition of the Court does not adequately reflect the importance of the West or parts thereof.

Consequently, there seems to be adequate reason for increasing the size of the Court in order to allow for more adequate regional distribution. Thus, it is proposed to increase the size of the Court from nine to 11 members. In doing so, however, it becomes necessary to increase the complement of Quebec judges from three to four, in order to protect the relative complement of the civil law judges on the Court. Another advantage to increasing the size of the Court is that it can allow for more flexibility in the administration of the Court since there will be an increased number of judges to share the workload.

The Victoria Charter did not contain any express requirement that the judges would be appointed from distinct regions or provinces, other than Quebec. It did stipulate that the requirement for three Quebec judges be constitutionally entrenched. The Victoria proposals did contemplate that the present informal system of geographical appointment would continue, since the appointment mechanism it proposed called for agreement between the federal Attorney General and the "appropriate" provincial Attorney General.

Expressly providing in the Constitution for appointment from the other regions, as well as from Quebec, gives expression to the regional nature of the country. At the same time, it simply converts the present conventional practice into a visible legal requirement. As such, it is part of the philosophy adopted elsewhere in the Bill, the philosophy of articulating to the fullest extent possible our unwritten constitutional conventions. In this way it is hoped that our written Constitution can present a relatively accurate picture of the real institutional framework of our Constitution.

A disadvantage to express regional allocation of all judges is, however, that population changes or other factors at some distant time in the future might make the regional allocation anachronistic, yet being constitutionally entrenched it might be difficult to amend. Therefore, a compromise was adopted: that of requiring "at least" one judge to come from the

four common law regions. This builds less rigidity into the Constitution than would be the case if all judges were specifically allocated while at the same time it recognizes that there should be members on the Court from all regions in Canada.

Requiring that "at least" one judge will be appointed from the Province of Ontario does not mean that there is any intention of changing the present conventional practice of appointing three from that province, nor does the requirement that "at least" one judge be appointed from the Prairie provinces mean that only one will be appointed from that region. At present under the *Supreme Court Act*, Quebec is assured three judges while none of the other provinces is assured any. The proposal formally recognizes part of what is present practice with respect to those regions of the country other than Quebec, while leaving the other part to operate informally as at present.

The limited requirements for regional appointment built into the Bill will not detract from finding the best people for the job. It does not differ from present practice, except that opportunity for additional appointments from British Columbia and Quebec are provided for. The requirement is not rigid since it is to ensure "as near as reasonably may be" at least one judge from the designated areas.

As in the past the judges will be appointed from the respective regions, in order to bring to the Court an understanding of the social and economic conditions of the region from which they come, but they will not be appointed as a representative or advocate of that region. It is recognized that to do so would undermine the impartiality of the Court.

Jurisdiction

Two questions relating to the jurisdiction of the Court which arise in any discussion of reform of the Supreme Court are: (1) whether the court should be transformed into a constitutional court, and (2) whether it should continue to hear appeals on matters of (a) Quebec's civil law and indeed (b) provincial law generally.

Why No Constitutional Court?

The proposal for a constitutional court (or the creation of a special constitutional chamber or panel) is often put forward. In the 1950 Federal-Provincial Conference, it was suggested that constitutional or intergovernmental matters should be judged by such a court. At the 1960 Federal-Provincial Conference the establishment of a constitutional court was again discussed. In 1968, during the Constitutional Review process of that year, Quebec proposed the establishment of a purely constitutional court: a court that would deal only with questions involving the interpretation of the Constitution or matters directly related thereto (e.g., distribution of powers, fundamental rights, etc.).

Suggestions for a constitutional court are usually inspired by the West German model which is the only major federation to have such a court, although several European unitary states have such bodies. (Yugoslavia and Austria are federal countries having such courts; Italy, France, Turkey and Cyprus are among the unitary states having constitutional courts.) Constitutional courts developed in Europe, it seems, in response to two factors: the unsatisfactory operation of judicial review respecting constitutional matters in a legal system having no rule of *stare decisis* (i.e., the rule that court decisions are binding as precedents on subsequent decisions), and a belief that decisions on constitutional issues were more a legislative than a judicial function and should not be determined by the judicial process.

The West German constitutional court is composed of 16 judges, eight elected by the upper house of the federation (Bundesrat) and eight elected by the lower house (Bundestag). The upper house is itself composed of representatives of the constituent states of the federation (Länder). The court's jurisdiction comprises political and constitutional questions: actions involving the prosecution of the President or a judge for violations of the Constitution, or other federal laws; actions banning anticonstitutional political parties or depriving individuals of their fundamental rights in cases where these have been misused; disputes between the federation and

the individual constituent states; disputes between constituent states; disputes between political parties or deputies; disputes in electoral matters; disputes between the legislative and executive branch of government; questions relating to the constitutionality of legislation (referred to it by a lower court, the federal or provincial government, or one-third of the members of the federal lower house), and questions of fundamental human rights (on petition by individuals). The last two categories comprise the bulk of the court's work.

Usually the term "constitutional court" is used in Canadian debate to designate a court, the *judges* of which have been *appointed by the provinces* (or a percentage appointed by the provinces and a percentage by the federal government) and who are *specialists in constitutional law* and related matters. A model sometimes suggested is a 15-member court with one-third of the members appointed by Quebec, one-third by the other provinces and one-third by the federal government.

As noted above, there are very persuasive reasons for rejecting a court composed of appointees of the various governments since there would be a great tendency for that kind of a body to be appointed, and to consider itself appointed, to "represent" the various governments. This tendency would be even more pronounced if that court's jurisdiction were confined to constitutional issues. It would not likely function as an independent judicial body interpreting the Constitution but more as a body or tribunal negotiating the interests of the various governments.

It is to be noted that in the West German model the judges are not appointed directly by the constituent states but by an assembly of representatives of those states. Indeed the proposal in the Constitutional Amendment Bill which requires agreement between the federal and appropriate provincial Attorneys General on a given appointment would seem to give the individual provincial governments a greater opportunity for direct influence over such appointments than does the West German model.

Additional reasons for rejecting proposals for a constitutional court appear when the practical operation of such a court is examined. A constitutional court could be given jurisdiction over constitutional and related issues once these issues had reached the highest provincial appellate tribunal to which they are entitled to go, or such a court could be given a broader jurisdiction so that any lower court could refer a constitutional issue raised before it to the constitutional court for determination, before the lower court decides finally on the case as a whole. Based on the present experience of the Supreme Court, a constitutional court having jurisdiction of the first kind noted above would hear five to six cases a year (a rather thin jurisdiction). Yet a court having jurisdiction of the second kind would appear to be somewhat impractical.

A court of the second kind seems impractical because our system of law requires that decisions in a case be related to all the factors involved, including the facts and the other relevant law. Experience has shown that more workable interpretations of the Constitution emerge in the context of an immediate and practical application of principle to a real fact situation. An artificial division would be involved in separating out constitutional issues, when they arise in the lower courts, in order to refer them to a special court. This might not be conducive to the sound development of the law or of the Constitution. Also, such a procedure could involve considerable delays in the administration of justice since trial of the case as a whole in the lower court would have to be stayed pending decision by the constitutional court of the constitutional issue. The present method of having all courts decide on all legal issues, including constitutional ones, result in only the most contentious constitutional issues being appealed to the Supreme Court and allows them to be decided in reference to the factual situation and the case as a whole.

As noted above, what is usually meant by a constitutional court is that only those present members of the Court (or others especially appointed for the purpose) having *special expertise* in constitutional

law should decide constitutional cases. However, it must be questioned whether "better" constitutional decisions are rendered when they are decided only by constitutional experts. It has long been thought that there is merit in having constitutional issues decided by judges having a broad legal experience. Those eminent jurists who are members of the Supreme Court are chosen for their overall legal ability; the fact that many may not have been experts in constitutional law before their appointment to the Court has not proved a disadvantage. Our system is not one of specialization; we do not require that only experts in criminal law decide criminal law cases, or that only experts in commercial law decide commercial law questions. The technique and skills of adjudicating various legal questions are similar and in fact it is thought to be an advantage to sound constitutional decision-making for judges to have varied experiences and backgrounds.

While not impossible to implement, the establishment of a constitutional court, with jurisdiction on appeal to decide only questions of constitutional and related law, is initially unattractive.

Civil Law Appeals

Another issue of jurisdiction which requires discussion in the context of constitutional reform is the treatment of appeals in matters of Quebec civil law. A large part of Quebec's provincial law concerning private rights derives from French law which in turn finds its roots in Roman law. The corresponding law in the other provinces derives from the English common law system. The French law or civil law, as it is called, differs in concept and approach from the common law. For this reason, it has frequently been suggested that Quebec civil law cases should either be eliminated from the jurisdiction of the Supreme Court or decided by a special chamber or division of the Court composed exclusively of judges of civil law training.

The criticism of the present system may be summarized as follows. The participation of judges of

common law training in the determination of civil law issues, sometimes in the majority, has led to the infiltration of common law doctrines and attitudes in the interpretation and application of the civil law by the Supreme Court with consequent "erosion" of the civil law. A specific criticism is that common law judges have approached the interpretation of the civil code as if it were a typical statute, and reference has also been made to the inappropriateness of the doctrine of *stare decisis*—the ruling force of decisions which establish a binding precedent in subsequent cases—in a civil law system.

It is very difficult to estimate the weight of the charge that there has been an "erosion" of the civil law. While evidence suggests that such effects are rare, the fears and criticisms are certainly real.

The Victoria Charter addressed this concern by providing that where a case came before the Supreme Court involving a *question of civil law and no other question of law*, it should be heard by a panel of five judges, at least three of whom were the civil law judges of the Court. If three were not available, the Court was to have authority to name *ad hoc* judges as necessary from among the civilian judges (judges trained in the civil law of Quebec) serving on the Federal Court or on the Court of Appeal of Quebec. Commentary on that proposal since it was proposed in 1971 has made it clear that such a procedure would be infrequently used since few cases come before the court where only civil law issues are involved. Thus the procedure agreed upon at Victoria has, in the Constitutional Amendment Bill, been modified to take account of this concern.

The procedure set out in the Bill recognizes, instead, that most cases will contain a mixture of issues and a full panel of judges will sit to hear the whole case. However, only the decisions of the civil law judges will govern the Quebec civil law issues arising in the case; all other issues will be decided by the full Court. Of course, in those few cases where only civil law issues arise, only the civil law judges as

a practical matter will probably sit since only they can adjudicate on those issues.

No doubt there are some difficulties with the proposal in the Bill. For example, it may not always be easy to decide what is and what is not "a question relating to the civil law of Quebec." This will be a matter the Supreme Court itself will have to decide. But, making such decisions should be no more difficult than drawing distinctions in other areas of law which the Court is continually called upon to do.

It has been noted that when the Court sits as a full bench of 11 members, four of whom are civilians, there will be the possibility of a split decision on civil law issues in which case the decision of the Quebec Court of Appeal would prevail. Also, it has been noted that on occasion the Quebec Court of Appeal sits more than three members and thus it would be possible for a decision by five members of that Court to be overruled by three members of the Supreme Court.

There is no doubt that these are consequences of the provisions set out in the Bill, but the alternative is to have as now a larger number of judges hearing civil law cases, with some being untrained in the civil law. On balance, it seems that the difficulties are not so great that they outweigh the advantages.

It has been suggested that, to be "even handed," civil law judges should not be allowed to decide issues of common law: it is said that "what's sauce for the civil code goose is sauce for the common law gander." This may be so; however, it must be noted that the decision of the common law judges can never be outweighed as can that of the civilians. The civilians always comprise a minority of the Court. Also, the civilian judges have considerable acquaintance with the approach and techniques of the common law since most federal law (laws enacted by Parliament) derives from that system as does some Quebec law. Thus, the civil law judges have an acquaintance with, indeed are knowledgeable in areas of the common law, while the common law judges do not necessarily have a comparable acquaintance with the civil law.

As noted above, the proposal contained in the Victoria Charter provided that a panel of five judges, at least three of whom were civilians, would hear cases consisting of civil law issues alone. When three civilians were not available *ad hoc* judges were to be appointed. The Joint Parliamentary Committee Report of 1972 was not in favour of co-opting *ad hoc* judges from the lower courts. It suggested instead that provinces be given the right to withdraw appeals in matters of strictly *provincial law* (all laws regulating matters within provincial jurisdiction by virtue of section 92 of the BNA Act) from the Supreme Court, vesting final decision on those matters in the provincial Courts of Appeal. It is to be noted that the Committee's recommendation was not merely that questions of Quebec civil law (that derived from French law which concern Private rights) should be removed from the Supreme Court's jurisdiction but that all matters of provincial law could be so removed, by any province if it so decided.

Others also argue that matters of provincial law should be removable, at the option of the provinces, on the ground that it is an anomaly for the Supreme Court to be the final appellate tribunal for the interpretation of provincial law. It is argued that as a matter of principle, judicial power should be divided on the same basis as legislative and executive power; that it is consistent with the exclusive jurisdiction of the provinces over their own systems of law for them to be able to regulate who is to interpret those laws if they so wish.

Thus it is argued that every province should be empowered to provide that no appeal concerning a matter of provincial law should be heard by the Supreme Court of Canada. A case could be disposed of first, in its entirety, in the provincial courts, and then only the non-provincial law or constitutional aspects could be appealed to the Supreme Court. It would be left to the Supreme Court of Canada to decide in any particular case whether the appeal really involved matters other than provincial law over which the Court would have jurisdiction.

Cutting off appeals in matters of provincial law would, however, drastically alter the Supreme Court's jurisdiction. If all provinces acted to restrict such appeals, the Court's jurisdiction would be diminished by approximately 50 per cent. The Court is now a general Court of Appeal for both federal and provincial laws, standing at the top of an integrated system of courts which hears disputes respecting both federal and provincial laws. Removing the Supreme Court's jurisdiction over provincial law appeals would convert it into a court dealing only with federal and constitutional law, comparable to the U.S. Supreme Court. It would no longer stand at the apex of an integrated system of courts. Changing the Court's jurisdiction in this way could be seen as a step towards converting our present generally integrated Court system into a dual one, similar to that of the U.S., where one system of courts primarily hears questions of provincial law and another system of courts primarily hears questions of federal law. While a dual system of courts conforms theoretically to a federal system, it is generally recognized that such systems are often more theoretical than real. Also, they tend to be filled with complexities and delays. In practice legal issues do not come packaged in discrete units so that cases involve only issues of federal law or only issues of provincial law. For example, in the Canadian context, a case might very well involve questions of both bankruptcy law (federal) and contract law (provincial), or of income tax law (federal) and the law relating to succession (provincial). Such systems can of course be made to work as the U.S. system demonstrates, but even there the number of cases of concurrent jurisdiction is numerous and the complexity of the system is often criticized.

When the Joint Committee made its recommendations in 1972, that appeals in provincial law matters might be removed from the Supreme Court, leave to appeal to that Court was as of right for cases involving claims over a certain monetary value. Thus the Court was compelled to hear many cases which really did not involve significant issues of law. Since that time the appeal rules of the Court have been

changed. Now the Court basically only hears appeals when either a provincial Court of Appeal has given leave or when the Supreme Court itself has given leave because the legal issue is one of public importance.

The government has thought that there is merit in retaining our present integrated system of courts, with the Supreme Court at its apex and with that Court hearing issues of both federal and provincial law which involve legal questions of significant public importance. Therefore, it seemed preferable to make provision for special treatment by that Court of issues involving civil law questions rather than providing for the removal of all matters of provincial law from the Court's jurisdiction. At the same time, the latter is an alternative which should be explored and debated in any further consideration of these issues.

Conclusion

The provisions in the Constitutional Amendment Bill which deal with the Supreme Court are largely identical to what was agreed to in principle by the federal and all provincial governments in the Victoria Charter of 1971. Some modifications have been made to those provisions because the content and

objectives of the present constitutional proposals seem to require them, or because further study and comment since 1971 indicated that alteration should be made. A requirement of ratification by the House of the Federation was added to the Victoria appointment mechanism to recognize the fact that all regions of the country have an interest in every appointment to the Supreme Court and because it was possible to add such a requirement in the context of a revised second chamber. The present informal practice of regional distribution of appointees is expressly articulated since one of the objectives of the Bill is to structure our written Constitution so that it more accurately describes the actual operation of our governmental institutions. The size of the Court is increased from nine to 11 to allow for better regional distribution. Minor changes were made to the procedures agreed upon at Victoria for the treatment of Quebec civil law issues, to allow such issues to be decided by civil law judges alone, not only when those issues are the only issues in a case but also when they arise in a case containing a mixture of issues. Thus the provisions in the Bill respecting the Supreme Court are basically built on the foundation constructed by the federal and all provincial governments in the Victoria Charter.

APPENDIX

Types of Nominating Commissions

(a) A council consisting of:

- (i) a member of the executive council of the province, selected by the Lieutenant Governor in Council;
- (ii) a judge of the Appeal or Supreme Court of the province, selected by the Lieutenant Governor in Council;
- (iii) three members of the Bar chosen by the federal Attorney General.

(b) A council consisting of:

- (i) the Chief Justice of the highest superior court in the province;
- (ii) the Attorney General of the province or another member of the provincial Cabinet chosen by that Cabinet;
- (iii) another resident of the province appointed by the provincial Cabinet;

- (iv) two other residents of the province at least one of whom must be a member of its Bar, chosen by the federal Attorney General.

(c) A council consisting of:

- (i) the Attorney General of Canada or person designated by him;
- (ii) the Attorney General of the appropriate province or person designated by him;
- (iii) the Chief Justice of Canada or next senior judge of the Supreme Court;
- (iv) the Chief Justice of the appropriate province or next senior judge of the Court.

(d) A national nominating council consisting of:

- (i) the Attorney General of Canada and the Attorneys General of each of the 10 provinces.



Government
of Canada

Gouvernement
du Canada



Gouvernement
du Canada

Government
of Canada

Types de comité

- (a) Un comité composé comme suit:
 - (i) Un membre du conseil exécutif de la province intéressée, choisi par le lieutenant-gouverneur en conseil;
 - (ii) un juge de la Cour suprême ou de la cour d'appel de la province intéressée, choisi par le lieutenant-gouverneur en conseil;
 - (iii) trois membres du Barreau choisis par le procureur général fédéral.
- (b) Un comité composé comme suit:
 - (i) le juge en chef de la plus haute cour supérieure de la province;
 - (ii) le procureur général de la province ou un autre membre du Cabinet choisi par ce Cabinet;
 - (iii) un autre résident de la province nommé par le Cabinet provincial;
- (c) Un comité composé comme suit:
 - (i) le procureur général du Canada ou une personne désignée par lui;
 - (ii) le procureur général de la province intéressée ou une personne désignée par lui;
 - (iii) le juge en chef du Canada ou un autre juge de la Cour suprême suivant l'ordre de l'ancien-neté;
 - (iv) le juge en chef de la province intéressée ou un juge de la cour dont il est membre suivant l'ordre de l'ancienneté.
- (d) Un comité national composé comme suit:
 - (i) le procureur général du Canada et le procureur général de chacune des dix provinces.

Conclusion

Les dispositions du projet de loi sur la réforme constitutionnelle qui traitent de la Cour suprême sont à peu près identiques à celles auxquelles ont souscrit en principe tous les gouvernements fédéral et provinciaux dans la Charte de Victoria en 1971. Les dispositions de la Charte sont dans une certaine mesure différentes parce que le contenu et les objectifs des propositions actuelles de réforme constitutionnelle semblent l'exiger ou parce que de nouvelles études et critiques depuis 1971 indiquent la nécessité d'y apporter des modifications. La ratification nécessaire par la Chambre de la Fédération s'est ajoutée au mécanisme de nominations pour reconnaître le fait que toutes les régions du pays ont un intérêt à toutes les nominations de juges à la Cour suprême, disposition qui a été rendue possible dans le contexte d'une seconde Chambre restreinte-

rée. La pratique informelle actuelle de répartition régionale des candidats est expressément insérée dans le projet de loi parce que celui-ci a notamment pour objet de faire en sorte que notre constitution écrite soit un reflet plus fidèle de nos institutions gouvernementales en y articulant nos pratiques courantes. Le nombre des juges passe de neuf à onze pour permettre une meilleure participation régionale. Les procédures dont les gouvernements ont convenu à Victoria pour le traitement des appels de droit civil du Québec ont subi de légères modifications de façon à permettre aux juges civilistes de trancher les questions de droit civil du Québec, non seulement lorsque l'appel ne comporte que des aspects de droit civil, mais aussi lorsqu'il comporte des aspects mixtes. Ainsi, les dispositions du projet de loi touchant la Cour suprême reposent, au fond, sur les bases jetées dans la Charte de Victoria par les gouvernements fédéral et provinciaux.

parce qu'il est anormal que cette Cour soit la dernière instance d'appel pour l'interprétation de ce droit. Par principe, ajoutent-ils, le pouvoir judiciaire devrait être divisé de la même façon que le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif; il serait tout à fait compatible avec la compétence exclusive que détiennent les provinces en ce qui concerne leur régime de droit qu'elles soient capables de déterminer qu'il interprétera leurs lois, si elles le désirent.

Cela veut donc dire que toutes les provinces devraient pouvoir statuer qu'aucun appel d'une question découlant du droit provincial ne peut être entendu par la Cour suprême du Canada. Les causes pourraient être réglées en entier d'abord dans les cours des provinces et alors, seules les questions étrangères au droit provincial ou d'ordre constitutionnel pourraient être portées en appel devant la Cour suprême à qui il incomberait de décider, à l'égard de chacune, si l'appel comporte réellement des aspects, autres que ceux du droit provincial, qui relèvent de sa compétence.

Soustraire les appels découlant des affaires de droit provincial réduirait énormément la compétence de la Cour suprême. Si toutes les provinces prenaient des dispositions pour restreindre de tels appels, la juridiction de la Cour serait réduite de moitié. Actuellement une cour générale d'appel pour les causes découlant des lois fédérales et provinciales, la Cour suprême offre un système judiciaire intégré qui entend les conflits qui découlent des lois tant fédérales que provinciales. Supprimer sa juridiction sur les appels de questions découlant du droit provincial en ferait une cour chargée uniquement des lois fédérales et du droit constitutionnel, comparable à la Cour suprême des États-Unis. Elle quitterait sa position au sommet d'un système judiciaire intégré. Modifier ainsi la juridiction de la Cour semblerait vouloir transformer notre système judiciaire actuel, généralement intégré, en un système dualiste, semblable à celui des États-Unis, où un système aurait généralement compétence en matière de législation provinciale et l'autre en matière de législation fédérale. Au point de vue théorique, un double système de tribunaux se con-

çoit dans un régime fédéral, mais il est généralement reconnu que ce système est souvent plus théorique que réel. De plus, il donne souvent lieu à de multiples complications et retards. En pratique, les problèmes juridiques ne se posent pas en «unités discrètes», c'est-à-dire qu'une affaire comporte rarement uniquement des points touchant les lois fédérales ou les lois provinciales. Ainsi, pour prendre un exemple applicable au Canada, une cause peut très bien comporter des points touchant à la fois la loi sur la faillite (fédérale) et le droit des contrats (provincial), ou encore la loi de l'impôt sur le revenu (fédérale) ainsi que le droit des successions (provincial). Naturellement, ces systèmes peuvent fonctionner, comme en témoigne le système américain, mais dans ce cas, les causes relevant de juridictions multiples sont nombreuses et l'on critique souvent la complexité du système.

Lorsque le Comité mixte a fait des recommandations en 1972, la permission d'appel à la Cour suprême était de droit sur les réclamations de nature monétaire dépassant un montant donné. Ainsi, la Cour était tenue d'entendre bon nombre d'affaires ne mettant en cause aucune question importante de droit. Depuis, les règles de la Cour suprême concernant les appels ont été modifiées de façon qu'elle n'entend surtout que les appels que la cour d'appel provinciale a autorisés ou qu'elle-même a autorisés parce que la question comporte un aspect juridique d'importance pour le public.

Le gouvernement est d'avis qu'il est bon de retenir notre système intégré actuel de tribunaux ayant à son sommet la Cour suprême habilitée à entendre les causes découlant de lois tant fédérales que provinciales, qui comportent des aspects d'importance pour le public. Il semblait donc préférable de prévoir, au sein de cette Cour, des modalités spéciales à l'égard des questions de droit civil plutôt que de soustraire à sa juridiction toutes les questions découlant du droit provincial. Cette dernière solution devrait toutefois être débattue lors des futures discussions sur ces questions.

donc fait état la Charte de Victoria a été modifiée dans le projet de loi sur la réforme constitutionnelle, pour tenir compte de cet aspect de la question.

La procédure énoncée dans le projet de loi sur la réforme constitutionnelle reconnaît plutôt que la plupart des causes renferment des points mixtes et qu'une division entière de juges doit entendre la cause dans son ensemble. Cependant, les juges civilistes ont compétence exclusive de décider des points de droit civil québécois que comporte une cause. Évidemment les quelques causes comportant uniquement des points de droit civil seront, en pratique, entendues uniquement par les juges civilistes qui seuls peuvent les trancher.

Il est vrai que la proposition contenue dans le projet de loi comporte certaines difficultés. Par exemple, il ne sera pas toujours facile de déterminer ce qu'est « une question de droit relative au droit civil de la province de Québec ». C'est là une question que la Cour suprême elle-même doit déterminer. Cependant, il ne doit pas être plus difficile de faire une distinction de ce genre que d'en faire dans d'autres domaines du droit, tâche que la Cour est continuellement appelée à accomplir.

D'aucuns ont signalé que, lorsque les onze juges de la Cour siègeront, dont quatre civilistes, il y aura possibilité d'une décision partagée sur les questions de droit civil. Dans une telle éventualité, la Cour d'appel du Québec serait appelée à trancher. Certains ont aussi fait remarquer qu'à l'occasion la Cour d'appel du Québec siège à plus de trois membres de sorte qu'il serait possible qu'une décision rendue par cinq membres de cette Cour soit annulée par trois membres de la Cour suprême.

Ces conséquences découlent incontestablement des dispositions énoncées dans le projet de loi, mais la seule autre solution consisterait à faire siéger, comme maintenant, un plus grand nombre de juges pour entendre les causes de droit civil, dont certains n'auraient pas de formation dans ce domaine. À tout prendre, il semble que les inconvénients ne l'emportent pas sur les avantages.

Pour que le système soit équitable, aux dires de certains, les juges civilistes ne devraient pas être autorisés à trancher les questions de Common law: ce qui vaut pour un système vaut pour l'autre. C'est peut-être vrai, mais n'oublions pas qu'une décision rendue par les juges de Common law ne peut jamais être dominée comme peuvent l'être celles des juges civilistes. Ces derniers sont toujours en minorité à la Cour. Ajoutons que les civilistes ont des connaissances considérables des pratiques et techniques de la Common law puisque la plupart des lois fédérales (lois du Parlement), de même que certaines lois du Québec, ont leurs racines dans ce système. C'est ainsi que les juges civilistes ont des connaissances, même un savoir poudré, dans les domaines de la Common law, tandis que leurs collègues de Common law n'ont pas nécessairement des connaissances comparables du droit civil.

La proposition que renfermait la Charte de Victoria prévoyait qu'une division de cinq juges, dont au moins trois civilistes, entendrait les causes comportant uniquement des points de droit civil. Elle prévoyait la nomination de juges *ad hoc* si trois juges civilistes ne pouvaient siéger. Le Comité parlementaire mixte, dans son rapport de 1972, n'était pas en faveur de coopter, au besoin, des juges des tribunaux inférieurs. Il proposait plutôt que chaque province ait le droit de soustraire à la juridiction de la Cour suprême les appels qui soulevaient exclusivement des questions de *droit provincial* (droit qui se rapporte à toutes les matières relevant de la juridiction des provinces aux termes de l'article 92 de l'AANB) et que soit dévolu à son propre tribunal de dernière instance le droit de décision finale. Notons que le Comité recommandait non seulement que les questions de droit civil du Québec (découlant du droit français et régissant les rapports entre les personnes) soient soustraites à la compétence de la Cour suprême, mais que toutes les questions de droit provincial pourraient aussi y être soustraites par toute province si elle en décidait ainsi.

D'autres soutiennent, pour leur part, que les questions de droit provincial devraient pouvoir être soustraites à la Cour suprême, au choix de la province,

les tranche dans le contexte de la situation de fait et de la cause dans son ensemble.

Comme il est dit ci-dessus, un tribunal constitutionnel s'entend ordinairement d'un tribunal formé seulement par les membres actuels de la Cour (ou d'autres nommés spécialement à cette fin) qui posèdent des *connaissances spéciales* du droit constitutionnel et qui tranchent les causes constitutionnelles. Toutefois, il faut se demander si les décisions rendues à l'égard de questions constitutionnelles sont « meilleures » lorsqu'elles le sont uniquement par des spécialistes en droit constitutionnel. Long-temps, on a cru plus avantageux que les questions constitutionnelles soient tranchées par des juges ayant une vaste expérience judiciaire. Ces éminents juristes qui sont membres de la Cour suprême sont choisis pour l'ensemble de leurs connaissances juridiques; le fait que bon nombre n'aient peut-être pas été des experts en droit constitutionnel avant leur nomination ne les a pas désavantagés. Notre système n'est pas caractérisé par la spécialisation; nous n'exigeons pas que les seuls experts en droit criminel tranchent les causes criminelles ni que les seuls experts en droit commercial tranchent les questions de droit commercial. La décision des diverses questions juridiques demande des techniques et des aptitudes semblables et en fait, les juges ayant une expérience et des antécédents diversifiés sont, estime-t-on, plus aptes à rendre de sains jugements en matière constitutionnelle.

Le traitement des appels en matière de droit civil québécois soulève une autre question de compétence qui doit être débattue dans le contexte de la réforme constitutionnelle. Le droit civil du Québec (régissant les rapports entre les personnes) tire ses racines de l'ancien droit français qui à son tour puisait dans le droit romain. Les lois correspondantes dans les autres provinces découlent pour leur

Appels de droit civil

Bien qu'il ne soit pas impossible d'instaurer un tribunal dont la compétence serait limitée aux appels en matière constitutionnelle, cette possibilité n'est pas attrayante de prime abord.

part du régime anglais de la Common law. Le génie du droit civil diffère de celui de la Common law. C'est pour cette raison qu'il a souvent été proposé que les causes de droit civil du Québec soient sous-traitées à la compétence de la Cour suprême ou tranchées par un comité ou division spécial de la Cour qui serait formé exclusivement de juges civilistes.

Les critiques exprimées à l'égard du régime actuel se résument ainsi: la participation, parfois majoritaire, de juges spécialisés en Common law aux jugements rendus dans les affaires de droit civil a donné lieu à l'infiltration de doctrines et d'attitudes propres à la Common law dans l'interprétation et l'application du droit civil par la Cour suprême et, en conséquence, à l'« érosion » du droit civil. Plus précisément, on reproche aux juges de Common law d'avoir abordé l'interprétation du Code civil comme s'il s'agissait d'une loi ordinaire, et l'on fait en outre mention de l'inopportunité, en droit civil, d'appliquer la règle du *stare decisis*, suivant laquelle les décisions des tribunaux deviennent des précédents qui lient les décisions ultérieures.

Il est très difficile d'évaluer l'étendue de cette supposée « érosion » du droit civil. Bien que ces effets semblent rares, les craintes et les critiques exprimées sont certainement réelles.

La Charte de Victoria a traité de ce problème et prévu que les causes portées devant la Cour, ne comportant qu'un point de droit civil et aucun autre point de droit, devraient être entendues par une division de cinq juges dont au moins trois seraient les juges civilistes de la Cour, faute de quoi la Cour serait autorisée à nommer le nombre de juges *ad hoc* nécessaire parmi les juges civilistes (ayant une formation en droit civil québécois) qui œuvrent au sein de la Cour fédérale ou de la Cour d'appel du Québec. Les critiques exprimées au sujet de cette proposition, formulée en 1971, indiquent clairement que le recours à une telle procédure serait peu fréquent puisqu'il s'agit de causes portées devant la Cour qui ne comportent que des points de droit civil. C'est ainsi que la procédure

influencer directement ces nominations que ne le fait le modèle ouest-allemand.

L'examen du fonctionnement pratique d'une cour constitutionnelle justifie davantage son rejet. Un tribunal constitutionnel pourrait avoir compétence pour connaître des causes constitutionnelles et affaires connexes une fois que celles-ci auraient été portées devant la plus haute cour d'appel provinciale habilitée à les juger, ou un tel tribunal pourrait être investi d'une compétence plus vaste de sorte que tout tribunal inférieur pourrait le saisir d'une question constitutionnelle portée devant lui, avant même que le tribunal inférieur n'ait tranché la cause dans son ensemble. Suivant l'expérience actuelle de

la Cour suprême, un tribunal constitutionnel investi du premier type de compétence décrit plus haut entendrait environ 5 ou 6 causes par année (juridiction plutôt mince). Par contre, la deuxième formule énoncée serait en règle générale inapplicable.

En effet, la deuxième formule semble inapplicable puisque notre système judiciaire exige que les jugements soient rattachés à tous les facteurs qui entrent en jeu dans chaque cause, notamment les faits et les autres questions de droit. L'expérience démontre que des interprétations plus pratiques de la Constitution sont possibles dans le contexte d'une application pratique et immédiate d'un principe à une situation réelle de fait. Le renvoi, à un tribunal spécialisé, des questions constitutionnelles portées devant un tribunal inférieur créerait une division artificielle qui pourrait nuire à une saine évolution du droit ou de la Constitution. En outre, cette formule pourrait entraîner des retards considérables dans l'administration de la justice, l'audition de la cause dans son ensemble par le tribunal de première instance devant être interrompue en attendant que le tribunal constitutionnel rende son jugement sur l'aspect constitutionnel de celle-ci. Il résulte de la formule actuelle selon laquelle tous les tribunaux rendent un jugement sur toutes les questions de droit, y compris celles d'ordre constitutionnel, que seules les questions constitutionnelles les plus litigieuses sont portées en appel devant la Cour suprême qui

mes touchant la constitutionnalité des lois (problèmes touchant le fédéral ou provincial, ou encore par le gouvernement fédéral ou provincial, ou encore par le tiers des membres de la Chambre basse fédérale); et les problèmes touchant les droits fondamentaux de la personne (soumis par des particuliers). Ces deux derniers types de questions occupent la majeure partie du temps de ce tribunal constitutionnel.

L'expression «cour constitutionnelle» est ordinairement employée au Canada pour désigner un tribunal dont les membres ont été nommés par les *provinces* (ou dont un pourcentage des membres a été nommé par les provinces) et sont spécialistes en droit constitutionnel et autres questions connexes. Un modèle parfois suggéré consisterait en un tribunal composé de 15 membres, dont un tiers seraient nommés par le Québec, un autre tiers par les autres provinces et le dernier tiers par le fédéral.

Comme il est dit ci-dessus, il y a de très bonnes raisons pour rejeter l'idée d'un tribunal ainsi composé de candidats de divers gouvernements, car il y aurait une tendance marquée à nommer les membres de ce genre d'organe pour représenter les divers gouvernements et une tendance de la part de ces membres même à se considérer comme «représentants» de ces gouvernements, tendance qui s'accroîtrait si la compétence d'un tel tribunal était limitée aux questions constitutionnelles. Il ne fonctionnerait vraisemblablement pas à titre de tribunal indépendant qui interprète la Constitution, mais plutôt comme un organe ou tribunal qui négocie les intérêts des divers gouvernements.

À remarquer que les juges du tribunal ouest-allemand ne sont pas nommés directement par les États membres, mais bien par une assemblée de représentants de ces États. En fait, la proposition du projet de loi sur la réforme constitutionnelle suivant laquelle le procureur général fédéral et celui de la province intéressée doivent s'entendre sur toute nomination semblerait donner au gouvernement des diverses provinces de plus grandes possibilités d'in-

provinces n'ont l'assurance d'aucun juge. La proposition ne fait que reconnaître formellement certaines pratiques courantes touchant les régions du pays autres que le Québec, tandis qu'elle laisse leur caractère informel aux autres pratiques.

Les exigences restreintes du projet de loi concernant le caractère régional des nominations n'entraîneront pas pour autant les nominations des personnes les mieux qualifiées pour occuper le poste. Elles ne diffèrent en rien de la pratique actuelle, sauf pour la possibilité de nominations additionnelles en Colombie-Britannique et au Québec. Elles sont dénuées de rigidité puisque, « autant que possible », elles font en sorte qu'au moins un juge provienne des régions désignées.

Comme par le passé, les juges seront choisis dans les régions respectives de façon à faire bénéficier la Cour de leurs connaissances des conditions sociales et économiques propres à leur région d'origine, mais ils ne seront pas nommés comme représentants ou porte-parole de ces régions. Autrement, c'est un fait reconnu, cela minerait l'impartialité de la Cour.

Juridiction

Toute discussion portant sur la réforme de la Cour suprême soulève deux questions au sujet de la juridiction de cette cour : 1—celle de savoir si la Cour suprême doit être transformée en un tribunal constitutionnel et 2—celle de savoir si elle doit continuer à entendre les appels relevant a) du droit civil du Québec et, en fait, b) des lois provinciales en général.

Pourquoi pas une cour constitutionnelle?

L'établissement d'une cour constitutionnelle (ou la création d'une division ou d'un comité constitutionnel spécial) a souvent été proposé. Au cours de la Conférence fédérale-provinciale de 1950, on a fait valoir que les questions d'ordre constitutionnel ou intergouvernemental devraient être tranchées par un tel tribunal. À la conférence fédérale-provinciale de 1960, l'établissement d'une cour constitutionnelle a une fois de plus été débattu. Dans le cadre du

processus de révision constitutionnelle, en 1968, le Québec a proposé la création d'une cour purement constitutionnelle; un tribunal qui ne saisi que des questions portant sur l'interprétation de la Constitution ou des questions s'y rattachant directement (par exemple, le partage des pouvoirs, les droits fondamentaux, etc.).

La plupart des propositions en vue d'instituer une cour constitutionnelle s'inspirent du modèle de l'Allemagne de l'Ouest, qui est la seule fédération importante à posséder un tribunal semblable, mis à part quelques États unitaires européens. (La Yougoslavie et l'Autriche sont d'autres fédérations qui possèdent un pareil tribunal; l'Italie, la France, la Turquie et Chypre sont des États unitaires qui possèdent une cour constitutionnelle). En Europe, deux facteurs ont, semble-t-il, donné naissance aux cours constitutionnelles: le fonctionnement peu satisfaisant du système judiciaire en matière constitutionnelle dans un régime juridique ignorant la règle du *stare decisis* (régie suivant laquelle les décisions des tribunaux deviennent des précédents qui lient les décisions ultérieures), et l'opinion suivant laquelle les décisions en ce domaine appartiennent davantage au législatif qu'au judiciaire et ne devraient pas relever des tribunaux ordinaires.

Le tribunal constitutionnel de l'Allemagne de l'Ouest se compose de seize juges dont huit sont élus par la Chambre haute de la fédération (Bundesrat) et les autres par la Chambre basse (Bundestag). La Chambre haute se compose elle-même des représentants des États membres de la fédération (Länder). Par ailleurs, la compétence de ce tribunal s'étend aux questions politiques et constitutionnelles: actions comportant la poursuite du président ou d'un juge en cas de violation de la Constitution ou d'autres lois fédérales; actions supprimant les partis politiques anticonstitutionnels ou privant certaines personnes de leurs droits fondamentaux en cas d'abus; les conflits entre la fédération et ses membres; les conflits entre les États membres; les conflits entre les partis politiques ou les députés; les conflits en matière électorale; les conflits entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif; les problèmes

nommés selon les diverses régions, ils ne le sont pas pour «représenter» les provinces ou régions; ils sont plutôt choisis parce qu'ils peuvent faire profiter la Cour de leur connaissance des conditions sociales et économiques de leur région d'origine. Cette condition voulant que trois juges soient choisis parmi des membres de la magistrature ou du Barreau du Québec a pour objet d'assurer à la Cour une proportion suffisante de civilistes; ces juges ne sont pas nommés pour «représenter» officiellement la province de Québec pas plus que les autres ne le sont pour représenter officiellement leur province.

Ici se pose la question de savoir si la Constitution devrait reconnaître formellement la pratique informelle actuelle des nominations par région géographique et la question connexe du nombre de juges nommés à la Cour.

Au cours des dernières années, la Colombie-Britannique a protesté contre le fait qu'en raison de la coutume (informelle) de nommer deux juges de l'Ouest, la Cour suprême ne compte depuis 1962 aucun juge provenant de la Colombie-Britannique, et qu'il est peu probable (sauf circonstances imprévisibles) qu'une vacance intéressante l'Ouest survienne avant quelque temps encore. En conséquence, il peut être soutenu que la représentation actuelle au sein de la Cour ne reflète pas suffisamment l'importance de l'Ouest ou certaines des ses régions.

Il semble donc suffisamment justifié d'augmenter le nombre de juges de la Cour de façon à assurer une meilleure participation régionale. Ainsi, il est proposé de faire passer ce nombre de neuf à onze. Ce faisant, il devient nécessaire toutefois d'augmenter de trois à quatre le nombre de juges provenant du Québec de façon à conserver une présence suffisante de civilistes au sein de la Cour. L'augmentation du nombre de juges comporte un autre avantage du fait qu'elle permet une plus grande flexibilité administrative puisqu'un nombre accru de juges pourraient se partager la charge de travail.

La Charte de Victoria n'exigeait pas expressément que les juges soient nommés, sauf pour le Québec,

selon des régions ou provinces distinctes. Elle stipulait par contre que devaient être insérées dans la Constitution des dispositions relatives à la nomination obligatoire de trois juges du Québec. La Charte prévoyait aussi la continuation du système informel actuel, puisque le mécanisme de nomination qu'elle proposait exigeait l'accord entre le ministre fédéral de la Justice et le procureur général de la province «concernée».

L'insertion dans la Constitution d'une stipulation expresse prévoyant que les juges seraient choisis dans des régions données, de même qu'au Québec, confirmerait en quelque sorte le caractère régional du pays. De plus, une telle disposition ne ferait que transformer une pratique courante en une obligation prescrite par la loi. Comme telle, elle est l'écho de la philosophie adoptée ailleurs dans le projet de loi, celle d'énoncer le plus possible par écrit nos conventions constitutionnelles qui ne le sont pas. De cette façon, il est à espérer que notre constitution écrite sera un reflet assez fidèle des véritables institutions de notre pays.

Toutefois, un inconvénient à la répartition exprime de tous les juges par région réside dans le fait que les déplacements de population ou autres facteurs dans un avenir éloigné pourraient rendre anachronique la répartition régionale qui, protégée constitutionnellement, serait difficile à modifier. Un compromis a donc été adopté: l'exigence voulant qu'«au moins» un juge vienne de chacune des quatre régions sous le régime de la Common law. La Constitution est ainsi moins rigide que si la preuve de tous les juges était spécifiquement arrêtée et elle reconnaît en même temps que la Cour doit compter en tout temps des membres de toutes les régions du Canada.

Exiger la nomination d'«au moins» un juge de l'Ontario ne signifie pas une intention de modifier la pratique courante qui consiste à nommer trois juges de cette province, pas plus qu'exiger la nomination d'«au moins» un juge des provinces des prairies ne signifie qu'on nommera seulement un juge de cette région. La Loi sur la Cour suprême assure actuellement au Québec trois juges, tandis que les autres

Fédération dans le projet de loi sur la réforme cons- titutionnelle, il a été possible de réinsérer cette ex- gence qui reconnaît le fait que toutes les régions du pays ont un intérêt dans toutes les nominations faites à la Cour suprême.

Il ne faut pas croire qu'une procédure de ratifica- tion par la Chambre de la Fédération réduira de quelque façon la qualité des juges nommés. Rien ne permet de supposer qu'un candidat bien qualifié, dont la nomination a déjà été approuvée par les procureurs généraux ou un comité, jugera néces- saire de faire « campagne », ou y trouvera avantage, pour obtenir l'approbation de la Chambre. Il ne faut pas non plus croire, comme certains critiques sem- blent le faire, que le procédé donnera l'avantage à des candidats moins qualifiés. À vrai dire, les candi- tats bien qualifiés accepteront sûrement d'embûche que leur nomination soit ratifiée ouvertement. Ils y verront un remède contre les insinuations qui accompagnent parfois un mode de nomination plus fermé. La procédure de ratification des nominations à la Cour suprême des États-Unis n'a diminué en rien la qualité des juges dans ce pays.

Le mécanisme de nomination décrit dans le projet de loi peut paraître lourd et long, mais il n'en est rien. Essentiellement, il prévoit (1) un accord entre le procureur général fédéral et son homologue de la province concernée sur le candidat proposé et (2) la ratification de ce choix par la Chambre de la Fédéra- tion. Il est peu probable que le recours au méca- nisme de solution des impasses par un comité soit fréquent; il est à prévoir que les procureurs géné- raux s'accorderont ordinairement sur le choix d'un candidat convenable. En vérité, les délais stricts insérés dans le projet de loi réduisent considérab- lement la durée entière du processus de nomination comparativement à celui dont on avait convenu à Victoria. En effet, la Charte de Victoria prévoyait un délai maximum de dix mois. Les propositions actuel- les prévoient que les délais impartis pour le déroule- ment du processus tout entier, y compris la ratifica- tion par la Chambre de la Fédération, ne dépasseront pas normalement deux ou trois mois.

Le Comité parlementaire mixte disait dans son rapport de 1972 que malgré l'appui qu'il donnait aux propositions de la Charte de Victoria, il était d'avis que, dans l'éventualité d'un désaccord entre le pro- cureur général fédéral et un homologue provincial, ces derniers devraient avoir la possibilité de propo- ser des noms au comité. La proposition du Comité mixte a été étudiée, mais non adoptée, parce qu'elle aurait substantiellement modifié les aspects essen- tiels du mécanisme de nomination de même que l'équilibre des pouvoirs des deux procureurs géné- raux. Elle aurait vraisemblablement transformé une procédure raisonnablement expéditive en une pro- cédure compliquée et lourde. Il serait à prévoir que le procureur général provincial pourrait, dans la plu- part des cas, refuser de tomber d'accord avec son homologue fédéral sur tel candidat proposé de manière à forcer le recours au comité, d'autant plus que le procureur général provincial aurait le droit, en cas de désaccord, de choisir le type de comité à convoquer. Par contre, en vertu du régime préconisé dans le projet de loi et dont il a été convenu à Victoria, il est à prévoir que les recours à un comité seraient peu fréquents. L'accord entre les deux pro- cureurs généraux interviendrait promptement, le procureur provincial ayant la possibilité de proposer des candidats à ce moment. Le changement pro- posé par le Comité mixte en 1972 modifierait proba- blement le mode de nomination: d'un accord entre les procureurs généraux, il deviendrait au fond un choix laissé essentiellement à un comité.

COMPOSITION DE LA COUR: PARTICIPATION À L'ÉCHELON RÉGIONAL ET NOMBRE DE JUGES

Selon la tradition, trois des neuf juges de la Cour suprême viennent de l'Ontario, un de la région de l'Atlantique et deux de l'Ouest. En outre, aux termes de l'article 6 de la Loi sur la Cour suprême, trois juges sont *obligatoirement* choisis parmi les mem- bres de la magistrature ou du Barreau de la province de Québec.

Ce système de nomination est axé tant sur la géographie que sur la loi. Même si les juges sont

4. Nomination fédérale avec le consentement des provinces

Le consentement de toutes les provinces ou de certaines d'entre elles à la nomination d'un juge, par le gouvernement fédéral, à la Cour suprême est une autre méthode à considérer.

Comme il a déjà été dit, les gouvernements fédéral et provinciaux se sont entendus à Victoria pour dire que le recours au consentement du procureur général de la province dont un candidat est originaire et à celui du procureur général fédéral constituerait une méthode appropriée de nomination. Dans son rapport de 1972, le Comité parlementaire mixte approuva d'ailleurs cette méthode, en principe.

La nomination des juges devient ainsi une entreprise de collaboration, les gouvernements provinciaux pouvant exercer un certain droit de regard qui n'est toutefois pas décisive, sur la nomination des juges de la Cour suprême. Le gouvernement fédéral est tenu d'obtenir le consentement de la province; la coopération entre les deux ordres de gouvernement est nécessaire et il existe un équilibre des pouvoirs respectifs. La Cour ne devient pas un organe de négociation puisqu'une méthode unifiée de nomination est conservée.

Cette option expose toutefois à des abus en cas d'obstruction et à des retards inacceptables si les parties n'arrivent pas à s'entendre. Par conséquent, il faut prévoir des dispositions pour régler les impasses.

Celle à laquelle on a souscrit dans la Charte de Victoria prévoit, en cas de désaccord au sujet d'une nomination proposée, que le procureur général du Canada aurait le droit de convoquer un comité pour faire le choix. Le procureur général de la province aurait le droit de choisir l'un ou l'autre type de comités qu'il conviendrait de convoquer: un comité formé du procureur général du Canada et des dix procureurs généraux des provinces ou de personnes nommées par eux (onze membres) ou un comité formé des deux procureurs généraux (fédéral

et provincial) ou de personnes nommées par eux de même que d'un président choisi d'un commun accord (trois membres). Dans le second cas, si les deux procureurs généraux ne s'entendent pas au sujet d'un président, le juge en chef de la province le choisit à leur place. Au moins trois noms au nombre de ceux déjà soumis au procureur général provincial par son homologue fédéral seraient soumis par le dernier à ce comité aux fins du choix final. Le premier type de comité aurait l'avantage d'assurer à chaque nomination un apport régional à la grandeur du pays, mais le procédé serait plus lourd. Dans l'ensemble, le contraire peut s'appliquer au second type de comité.

Le choix d'un mode de nomination

Après avoir considéré les diverses solutions mentionnées ci-dessus, le gouvernement a choisi d'insérer dans son projet de loi sur la réforme constitutionnelle, le mode de nomination auquel ont souscrit les gouvernements fédéral et provinciaux dans la Charte de Victoria (modifié par l'ajout de l'exigence relative à la ratification par la Chambre de la Fédération). La formule de Victoria a été retenue parce que, comme il est mentionné plus haut, elle renferme un système unifié de nomination tout en permettant le partage de l'autorité. Aussi, le fait qu'en principe tous les gouvernements y ont souscrit après l'avoir débattue longuement pèse lourd dans la balance.

La formule de Victoria comporte cependant une difficulté en ce sens qu'elle permet au procureur général fédéral et à son homologue dans une province donnée de tomber d'accord au sujet d'une nomination à la Cour suprême d'un candidat inacceptable au reste du pays. Le gouvernement a reconnu que toutes les régions du pays ont un intérêt dans chaque nomination à la Cour suprême lorsqu'il a proposé en 1969 la ratification par le Sénat de toutes les nominations. Lorsque la proposition de réforme du Sénat a été rejetée au cours du processus de révision constitutionnelle, entre 1969 et 1971, l'idée de la ratification a dû être écartée aussi. Toutefois, avec l'adoption des propositions en vue de la création d'une nouvelle Chambre de la

de donner à celui-ci la possibilité de répondre publiquement aux accusations qui sèment le doute sur son aptitude à occuper le poste de juge de la Cour suprême, possibilité qu'il n'a pas actuellement.

2. Comités

On a laissé entendre que des comités, de composition différente, seraient l'instrument approprié de nomination des juges de la Cour suprême. De tels comités pourraient être composés de membres de la profession juridique et de la magistrature, de représentants des gouvernements fédéral et provinciaux ainsi que de représentants du public (L'appendice énumère quelques suggestions déjà faites au sujet de la composition de tels comités.) Ces comités pourraient désigner un nombre fixe d'avance de candidats parmi lesquels le gouvernement fédéral ferait son choix. Ou encore, ils pourraient désigner des candidats aux procureurs généraux du Canada et de la province concernée qui devraient s'entendre sur le choix de l'un d'eux. À défaut d'unanimité, un comité semblable à celui qui est proposé dans le projet de loi sur la réforme constitutionnelle pourrait faire le choix.

Le comité pourrait être « national » et choisir les candidats pour toutes les nominations. Il pourrait être régional, c'est-à-dire constitué à l'échelle d'une région ou d'une province, et choisir le candidat de cette région ou de cette province.

L'un des avantages d'un tel comité consisterait à sortir complètement la question de la nomination des juges de l'arène politique, de sorte que ni le gouvernement fédéral ni les provinces ne pourraient être accusés de choisir des juges prédisposés à leurs points de vue. La Cour ne deviendrait pas un tribunal qui négocierait les intérêts des divers gouvernements, comme ce serait peut-être le cas si les provinces nommaient directement les juges (cette question est reprise plus en détail dans l'exposé de l'option suivante).

Toutefois, un tel mode de nomination serait contraire à notre système traditionnel de responsabilité

3. Nomination directe par les provinces

politique en matière de nomination de juges: le comité ne serait comptable à personne, ni aux électeurs directement ni à leurs représentants élus. Les gouvernements resteraient néanmoins comptables au public de la qualité de l'administration de la justice.

On a proposé de temps à autre la nomination directe faite exclusivement par les provinces. On a examiné à l'occasion des variantes de cette proposition, soit que le gouvernement fédéral nomme la moitié des membres de la Cour et les gouvernements provinciaux, le reste, soit que le gouvernement fédéral fasse la nomination, à partir cependant d'un groupe de candidats choisis par les gouvernements provinciaux.

Procéder de la sorte minerait probablement l'autorité de la Cour à titre d'organe judiciaire de même que l'impartialité des juges et équivalendrait à reconnaître et accepter implicitement que les juges traduisent, et devraient peut-être traduire, les intérêts du gouvernement qui les nomme. Pareil changement transformerait vraisemblablement la Cour en un organisme où se négocieraient ces intérêts. Les juges seraient alors considérés comme nommés pour représenter les provinces et les régions ou le gouvernement central (si certaines nominations étaient faites uniquement par ce gouvernement) de la même façon que les membres des tribunaux d'arbitrage représentent ceux qui les nomment (par ex., les conseils des relations du travail, les commissions internationales d'arbitrage). Ils se sentiraient peut-être même obligés de le faire.

La variante la moins séduisante des méthodes de nomination directe par les provinces est la nomination par ces dernières de la moitié des membres de la Cour et, par le gouvernement fédéral, de l'autre moitié. Ce serait la formule qui aurait le plus tendance à transformer la Cour d'organisme judiciaire en un organisme de négociations chargé de départager les intérêts fédéraux et provinciaux.

1. Nomination faite par le gouvernement fédéral, avec l'approbation d'une seconde Chambre

Comme il est dit plus haut, une façon de prévoir la participation des provinces au processus serait d'exiger la ratification des nominations par une Chambre haute, soit à la majorité simple, soit dans une proportion spéciale des voix, par exemple aux deux tiers. Les constitutions des États-Unis, de l'Argentine, du Brésil et du Mexique en donnent des exemples.

L'attrait de cette option est fonction des modifications apportées à la composition du Sénat ou de son successeur. Si cette Chambre reflète clairement les intérêts des régions, comme il est escompté si elle est restructurée de la manière prévue au projet de loi sur la réforme constitutionnelle, tous ces intérêts régionaux se feraient mieux entendre lors de la nomination de chacun des juges de la Cour suprême. Cette méthode reconnaîtrait les intérêts d'autres parties du pays dans la nomination d'un juge d'une province donnée.

Naturellement, il est reconnu que, par sa nature même, un corps législatif doit procéder à des enquêtes et à des débats publics avant de ratifier des nominations (comme le fait le Sénat américain). D'aucuns soutiennent que la publicité qui accompagne ce procédé n'est pas conforme à notre tradition qui veut qu'une des caractéristiques fondamentales de notre magistrature soit d'échapper aux débats et aux controverses publics. Il est dit aussi qu'une telle publicité peut détruire le crédit d'un candidat devant l'opinion. Il s'ensuit que, même si la nomination est en fin de compte approuvée, la réputation d'un juge pourrait être compromise par une publicité irréfutable, si bien que sa nomination pourrait ne plus être souhaitable. Toutefois, un argument contraire est soit l'objet d'un examen public, puisqu'un poste plus convaincant veut que le dossier des candidats spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes donnait en principe son appui à cette notion.

concernant la Cour suprême seraient déclarées partie intégrante de la Constitution par le Parlement. Par la suite, lorsque les provinces auraient souscrit à une formule d'amendement, les dispositions concernant la Cour suprême seraient intégrées dans la Constitution de façon à ce qu'elles ne puissent être unilatéralement modifiées par le Parlement. C'est aux procédures d'amendement constitutionnel prévoyant la participation des provinces qu'il faudrait recourir, soit celles qui existent, soit une nouvelle formule au sujet de laquelle l'accord n'est pas encore fait.

Mode de nomination

Le mode de nomination des juges de la Cour suprême est une question qui est débattue sérieusement depuis longtemps. Selon certains, les membres de la Cour suprême, juges ultimes des conflits d'ordre constitutionnel, ne devraient pas être nommés par le gouvernement fédéral seul. Il est clair que le mode de nomination actuel ne nuit en rien à l'indépendance des juges. Néanmoins, il est généralement reconnu que les provinces pourraient être amenées à jouer un certain rôle dans le processus de nomination. Dans sa publication « La Constitution canadienne et le citoyen », le gouvernement déclarait en 1969 qu'à son avis, il serait préférable que les provinces participent dans une certaine mesure au processus. À l'époque, il proposait que la nomination de candidats éventuels soit soumise à l'approbation d'un Sénat restructuré, formé entre autres de personnes nommées par les gouvernements provinciaux.

Le gouvernement fédéral et toutes les provinces se sont entendus en principe en 1971, dans la Charte de Victoria, sur un mécanisme de consultation qui prévoyait qu'en général, les nominations se feraient pas sans l'accord du procureur général de la province d'origine du juge. En 1972, le Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes donnait en principe son appui à cette notion.

Divers mécanismes de nomination

Divers mécanismes ont été proposés pour la nomination des juges de la Cour suprême; les plus importants sont étudiés brièvement ci-dessous.

La réforme constitutionnelle—La Cour suprême du Canada

aborde de façon générale la proposition de conférer à la Cour un statut constitutionnel. Les trois parties qui suivent—«Mode de nomination», «Composition» et «Juridiction»—abordent les trois autres questions les plus controversées.

Incorporation dans la Constitution

La Constitution actuelle ne prévoit pas expressément la création d'une cour suprême, mais l'article 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* donne au Parlement le pouvoir de le faire et de définir sa juridiction. Usant de ce pouvoir législatif, le Parlement a créé la Cour suprême par une loi adoptée en 1875, huit ans après la Confédération. La structure et la juridiction de la Cour contiennent jusqu'à nos jours d'être régies uniquement par une loi fédérale (l'article 19 de la *Loi sur la Cour suprême*), et ses juges sont nommés par le gouvernement fédéral (article 4 de la *Loi sur la Cour suprême*).

A toutes fins utiles, l'existence et l'indépendance de la Cour suprême sont tout aussi assurées que si elles avaient été incorporées dans la Constitution, c'est-à-dire que le Parlement seul ne peut procéder à une modification. Néanmoins, vu son rôle de tribunal général d'appel et de dernière instance pour les questions d'ordre constitutionnel, il conviendrait que la Cour, son existence et ses attributions soient incorporées dans la Constitution. Les critiques s'entendent de façon générale sur ce point. En 1969, le gouvernement du Canada a proposé ce changement. Durant le processus de révision de la Constitution, échoué entre 1968 et 1971, les provinces et le gouvernement fédéral sont tombés d'accord pour dire que la Cour suprême devrait avoir un tel statut constitutionnel et la Charte de Victoria contenait des dispositions à cet effet. Le Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada a lui aussi recommandé en 1972 que soit conféré à la Cour un statut constitutionnel.

Le projet de loi sur la réforme constitutionnelle prévoit que, pour l'instant, au lieu d'être énoncées dans la *Loi sur la Cour suprême*, les dispositions

Depuis quelques années, la composition et la juridiction de la Cour suprême du Canada ont été fort débattues dans le contexte d'une réforme constitutionnelle. Les principales discussions se sont articulées autour des points suivants:

(a) le fait que l'existence de la Cour, sa juridiction et la durée des fonctions de ses juges dépendent du droit statutaire fédéral et ne sont pas garanties par la Constitution;

(b) le mode de nomination de ses membres; le fait que ces nominations relèvent exclusivement du gouvernement fédéral;

(c) le nombre de membres de la Cour et la question de savoir s'il faudrait reconnaître formellement la pratique informelle actuelle qui consiste à nommer des juges de diverses régions géographiques;

(d) la juridiction de la Cour; la question de savoir s'il n'y aurait pas lieu de la transformer en un organe spécialisé chargé uniquement des questions constitutionnelles et si elle devrait continuer d'entendre les appels interjetés au sujet de lois provinciales, en particulier celles touchant le droit civil du Québec.

Le projet de loi sur la réforme constitutionnelle dépose par le gouvernement en Chambre, le 20 juin 1978, comprend des propositions touchant ces sujets. En un mot, on y propose d'inclure dans la Constitution des dispositions sur l'existence de la Cour suprême et de conférer aux gouvernements provinciaux et à la nouvelle Chambre de la Fédération un certain rôle dans la nomination des juges de ce tribunal; on y propose également d'augmenter le nombre de juges de neuf à onze, d'annoncer de façon plus expresse la pratique informelle actuelle de nomination par région, et d'instituer une procédure spéciale pour les appels touchant les causes de droit civil du Québec.

La première partie du présent document, qui est intitulée «Incorporation dans la Constitution»,

On peut obtenir des exemplaires supplémentaires
de cette publication en s'adressant au:

Centre d'information sur l'unité canadienne
C.P. 1986, succursale B
Ottawa (Ontario)
K1P 6G6

No de cat. S2-75/1978

ISBN 0-662-50085-7

L'honorable Otto E. Lang
Ministre de la Justice
Août 1978

La réforme constitutionnelle

La Cour suprême du Canada

L'honorable Otto E. Lang
Ministre de la Justice



Gouvernement
du Canada
Government
of Canada